

Audience publique du 27 février 2002

=====

Recours formé par MM. ...
et ..., ...
contre une décision du ministre des Finances
en matière de promotion

JUGEMENT

Vu la requête déposée le 27 juin 2001 au greffe du tribunal administratif par Maître Monique WATGEN, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ..., chef de bureau à la direction de l'administration des Contributions directes, demeurant à L-..., et de Monsieur ..., contrôleur au bureau d'imposition Sociétés V auprès de l'administration des Contributions directes, demeurant à L-..., tendant à la réformation, subsidiairement à l'annulation d'une décision du ministre des Finances du 23 mai 2001 refusant de faire droit à leur demande de se voir accorder une promotion au grade supérieur de leur carrière;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 22 novembre 2001;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 26 novembre 2001 au nom des demandeurs ... et ...;

Vu les pièces versées et notamment la décision critiquée;

Où le juge rapporteur en son rapport, ainsi que Maître Monique WATGEN et Monsieur le délégué du gouvernement Jean-Paul REITER en leurs plaidoiries respectives.

Par arrêté grand-ducal du 5 février 2001, Monsieur ... a été nommé chef de bureau à la direction de l'administration des Contributions, fonction relevant du cadre ouvert de la carrière moyenne et classée au grade 10. Par courrier du 25 avril 2001, il sollicita sa nomination au premier grade dans le cadre fermé de sa carrière, soit le grade 11.

Par arrêté grand-ducal du 9 février 2001, Monsieur ... fut nommé contrôleur au service d'imposition de l'administration des Contributions, fonction classée de manière identique à celle de Monsieur Par courrier du 29 avril 2001, il sollicita à son tour sa nomination au grade 11.

Par décision du 23 mai 2001, le ministre des Finances refusa de faire droit aux demandes présentées. Pour ce faire, il se prévalut d'un pouvoir d'appréciation non lié de l'autorité de nomination quant au moment où elle procède à la nomination dans le respect des dispositions légales applicables, il s'appuya sur une décision du gouvernement en conseil ayant retenu un délai d'attente d'un an entre deux promotions, et il releva l'absence d'expérience nécessaire dans le chef des deux fonctionnaires concernés pour accéder à un grade hiérarchiquement supérieur avant un an depuis leur dernière nomination.

Par requête déposée le 27 juin 2001, MM. ... et ... ont introduit un recours tendant principalement à la réformation, et subsidiairement à l'annulation de la décision ministérielle de refus.

Aucune disposition légale ne prévoyant un recours de pleine juridiction en matière d'accession d'un fonctionnaire à un grade supérieur au sien, voire un refus de ce faire, le tribunal est incompétent pour connaître du recours en réformation.

Concernant le recours en annulation, le délégué du gouvernement soulève la recevabilité (sic) du recours dans la mesure où il est dirigé contre une décision implicite de refus du ministre des Finances dès lors que le pouvoir de nomination appartient au Grand-Duc.

Il y a lieu de relever que le recours dont se trouve saisi le tribunal n'est pas dirigé contre une décision implicite, mais contre une décision explicite, formulée par écrit le 23 mai 2001 par le ministre des Finances, dans laquelle celui-ci déclara qu'il ne donnerait pas de suite favorable aux demandes de promotion lui présentées.

Par ailleurs, s'il est vrai que, conformément à l'article 35 de la Constitution, c'est le Grand-Duc qui est investi du pouvoir de nommer aux emplois civils et militaires, conformément à la loi, et sauf les exceptions établies par elle, une décision ministérielle de refus de soumettre au Grand-Duc un projet d'arrêté de nomination peut néanmoins s'analyser en une décision prise dans l'exercice de prérogatives de puissance publique qui, lorsqu'elle constitue une étape finale dans la procédure, est de nature à faire grief à la personne concernée en affectant directement sa situation personnelle et à lui causer un préjudice individualisé.

Il s'ensuit que la décision ministérielle critiquée s'analyse en une décision de refus de soumettre au Grand-Duc, seule autorité investie du pouvoir de nomination en la matière, un projet d'arrêté de nomination conforme aux attentes des demandeurs et comme telle susceptible d'un recours en annulation.

Le recours ayant pour le surplus été introduit dans les formes et délai de la loi, il est recevable.

A l'appui de leur recours, les demandeurs exposent que le refus de nomination leur opposé serait basé sur des motifs illégaux tirés exclusivement de considérations politiques, partant d'opportunité, se dégageant d'une décision du gouvernement en conseil du 22 juillet 1977 qui prévoit un délai d'attente de 12 mois au moins entre deux promotions pour un fonctionnaire prétendant à une nomination au grade supérieur de sa carrière. Or, ladite décision du gouvernement en conseil manquerait de base légale, n'ayant jamais été confirmée dans la suite dans le cadre d'un texte légal et n'ayant pour le surplus pas fait l'objet d'une publication au Mémorial.

Ils estiment par ailleurs qu'ils remplissent toutes les conditions légales pour accéder au grade 11 du cadre fermé, étant donné que tous les postes légalement prévus dans la carrière en question ne seraient pas occupés, qu'ils se seraient classés en rang utile – respectivement 1^{er} et 3^e lors de la session d'examen de 1994 – pour pouvoir prétendre à la promotion sollicitée, et qu'ils auraient suivi des cours de formation particuliers.

En ordre subsidiaire, ils attaquent la décision incriminée pour excès, sinon détournement de pouvoir, au motif que la décision s'inspirerait d'une motivation non prévue par les textes de loi applicables, le ministre des Finances, bien que devant être au courant des dispositions légales gouvernant les promotions des fonctionnaires des administrations et services de l'Etat, ayant refusé de les appliquer. Il s'agirait donc d'un abus de pouvoir pour refuser de faire bénéficier les administrés des avantages auxquels ils sont en droit de prétendre.

Le délégué du gouvernement répond que pour le passage d'un fonctionnaire du cadre ouvert au cadre fermé, tel que celui de l'espèce, l'autorité de nomination dispose d'un pouvoir d'appréciation non lié concernant le moment où elle procède à la nomination dans le respect des dispositions légales applicables. Ce pouvoir devant reposer sur des critères objectifs et s'opérer de manière non arbitraire, le gouvernement se serait fixé comme règle de conduite un délai d'attente d'un an entre deux promotions. Compte tenu de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, l'autorité de nomination ne saurait se voir reprocher que la décision du gouvernement en conseil qu'elle a invoquée serait dépourvue de base légale, ladite décision valant au moins comme décision politique. Il insiste sur ce que ce ne serait pas sur base de la décision du gouvernement en conseil incriminée, mais sur base des dispositions légales et réglementaires en vigueur que le ministre des Finances proposerait les nominations de fonctionnaires au Grand-Duc.

Il fait par ailleurs remarquer qu'il n'existerait aucune obligation légale de procéder à une promotion d'un fonctionnaire dans l'hypothèse où le cadre de sa carrière prévoit des postes vacants au grade supérieur à celui occupé par l'agent prétendant à la promotion. En l'espèce, l'autorité de nomination n'aurait pas procédé aux promotions sollicitées pour des raisons propres liées à son pouvoir souverain d'appréciation, dès lors qu'elle estimait que l'expérience nécessaire pour accéder à un grade hiérarchiquement supérieur n'était pas encore acquise.

Les demandeurs rétorquent que les développements du délégué du gouvernement ne seraient pertinents que pour l'hypothèse – non donnée en l'espèce – où il y aurait plusieurs prétendants pour un seul poste, mais non pour celle – vérifiée en l'espèce – où il y a plus de postes vacants que de prétendants, ceux-ci remplissant par ailleurs les conditions légales pour être nommés. Dans ce cas, l'autorité de nomination devrait justifier son refus de nomination par des critères objectifs.

Conformément à l'article 5 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, il faut entendre par promotion « *la nomination du fonctionnaire à une fonction hiérarchiquement supérieure ; la hiérarchie des fonctions résulte de la loi fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat* ». Ladite disposition légale précise par ailleurs que « *dans la mesure où les lois concernant les administrations et services n'en disposent pas autrement, la promotion du fonctionnaire se fait dans les conditions et suivant les modalités prévues par un règlement grand-ducal pris sur avis du Conseil d'Etat* »,

et que « *nul fonctionnaire ne peut prétendre à la promotion s'il est établi qu'il ne possède pas les qualités professionnelles et morales requises pour exercer les fonctions du grade supérieur* ».

Concernant plus particulièrement une fonction du cadre fermé, il est précisé à l'article 1, II. de la loi modifiée du 28 mars 1986 portant harmonisation des conditions et modalités d'avancement dans les différentes carrières des administrations et services de l'Etat que « *nul ne peut être nommé à une fonction du cadre fermé s'il n'a pas bénéficié de tous les avancements prévus au cadre ouvert et s'il ne peut faire valoir comme années de carrière le nombre d'années prévu pour l'accès à la fonction la plus élevée du cadre ouvert* ». Concernant plus particulièrement l'hypothèse vérifiée en l'espèce de l'accès au cadre fermé, ladite disposition légale précise encore *in fine* que « *l'accès au cadre fermé se fait sur base du tableau d'avancement* ».

Au-delà de ces dispositions légales d'ordre général en matière d'avancement dans les différentes carrières des administrations et services de l'Etat, les conditions de promotion des fonctionnaires de la carrière du rédacteur à l'administration des Contributions directes sont fixées par un règlement grand-ducal afférent datant du 25 avril 1995, pris notamment sur base de la loi modifiée du 17 avril 1964 portant réorganisation de l'administration des contributions directes et des accises, qui, outre de poser l'exigence d'avoir subi avec succès un examen de promotion pour être promu à une fonction supérieure à celle de vérificateur, question non litigieuse en l'espèce, dispose dans son article 3 que « *(1) pour déterminer la promotion aux emplois supérieurs à celui de contrôleur, il est pris égard non seulement au résultat de l'examen de promotion, mais également à l'ancienneté de service.*

(2) le rang d'ancienneté des candidats pour les emplois de promotion est déterminé par l'ordre chronologique des sessions d'examen.

A l'intérieur d'une session d'examen l'ancienneté de service est déterminée par une cote de points qui est ajoutée au résultat de l'examen. La cote est fixée à 0,5 points par mois entier d'ancienneté et ne peut pas dépasser 12 points au total par référence au candidat de la session d'examen admis le dernier à la carrière du rédacteur ».

Le délégué du gouvernement se prévaut en premier lieu de l'existence d'une règle générale d'un délai d'attente d'un an au minimum entre deux promotions, découlant d'une décision du gouvernement en conseil, pour justifier légalement la décision à cet égard.

Même abstraction faite de la considération que la décision ainsi invoquée, par ailleurs non versée en cause, n'est pas publiée au Mémorial, et que le tribunal ne saurait dès lors en tout état de cause la retenir comme base légale suffisante en l'espèce, force est de constater qu'au-delà même de la question de la possibilité de conférer au gouvernement en conseil le pouvoir d'édicter des règles générales en exécution d'une norme juridique supérieure, au regard de la compétence de principe y relative conférée par l'article 36 de la Constitution au Grand-Duc, la partie défenderesse reste en l'espèce encore en défaut d'établir, voire d'alléguer l'existence d'une base légale habilitant le gouvernement en conseil d'agir en la matière et d'introduire plus particulièrement l'exigence d'un délai d'attente d'une année entre deux promotions.

La décision ministérielle est par conséquent illégale dans la mesure où elle est basée sur la décision du gouvernement en conseil précitée (cf. trib. adm. 22 mars 2000, n° 11319 du rôle; 22 octobre 2001, n° 12771 du rôle).

C'est par ailleurs à tort que le délégué du gouvernement affirme que l'autorité de nomination, c'est-à-dire le Grand-Duc, disposerait d'un pouvoir discrétionnaire non lié pour faire droit à une demande de promotion. Si l'autorité de nomination désire ne pas retenir la candidature d'un fonctionnaire remplissant toutes les conditions légales pour bénéficier d'une promotion, son pouvoir de décision afférent n'est pas soustrait à tout contrôle juridictionnel dans ce sens que sous peine de consacrer un pouvoir arbitraire, le juge administratif, saisi d'un recours en annulation, doit se livrer à l'examen de l'existence et de l'exactitude des faits matériels qui sont à la base de la décision attaquée, et vérifier si les motifs dûment établis sont de nature à motiver légalement la décision attaquée.

En l'espèce, le ministre a motivé son refus de nomination non seulement en se référant à la décision du gouvernement en conseil litigieuse, mais en soulignant, de manière concrète, *"l'absence d'expérience nécessaire dans le chef des requérants pour accéder à un grade hiérarchiquement supérieur avant un an depuis leur dernière promotion."* Cette motivation est basée sur un critère objectif, à savoir la durée de l'occupation du fonctionnaire dans son ancienne fonction, circonstance non contestée en l'espèce, et elle est de nature à motiver légalement la décision attaquée, en ce que le manque d'expérience dû à la durée trop courte d'occupation dans la fonction que l'agent désire quitter constitue un motif légitime de refus de sa promotion.

Le moyen tiré d'une violation de la loi, en ce que la décision critiquée ne serait pas légalement motivée, est partant à rejeter.

Le moyen subsidiaire, tiré d'un excès, sinon d'un détournement de pouvoir, en ce que le ministre, bien qu'étant parfaitement au courant des dispositions légales applicables en la matière, aurait refusé de les appliquer, est à son tour à rejeter, étant donné qu'il vient d'être dégagé que loin de refuser d'appliquer les dispositions légales régissant la matière, il en a fait une juste application.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant contradictoirement,

se déclare incompétent pour connaître du recours en réformation,

reçoit le recours en annulation en la forme,

au fond le déclare non justifié et en déboute,

condamne les demandeurs aux frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 27 février 2002 par :

M. Ravarani, président,
M. Schockweiler, vice-président,
M. Campill, premier juge,
en présence de M. Legille, greffier.

s. Legille

s. Ravarani